

## 《書評》

### 高内寿夫著『公判審理から見た捜査 予審的視点の再評価』

清水 晴 生

#### 一 概要の紹介

評者は刑事訴訟法の公訴から公判にいたる有機的関連に関して本格的な検討を加えた高度に専門的な本書に評をなす資格を十分には持ちえないところではあるが、現在の刑事訴訟法に基づく手続それ自体に、また同時にそれに関心を持つ者全てに対して示唆するところが多大であるとの感想を抱いたかがゆえに、未熟ながら勝手な評を物したいと思う。

本書は従来から固定的な、そして批判的な捉え方をされてきた予審というものを詳細にその出自から捉え直し、その本来的な意義を明らかにし、ここから示唆される予審的視点の現代的意義まで明快に描き切るものである。

構成は、第1部として「フランスの刑事手続における予審の機能」を歴史的背景とともにその変遷について丹念に解き明かしていくところから始まる。

その第1章ではまだ予審に関するさまざまな言説を取り上げてみせ、それぞれが含意し、また暗示するところの詳細は後述部分に委ねられている。ここではまだ読者は従来の予審に対する悪評の真質を見究めるには至らない。ただ疑問

と関心とを惹かれるにとどまろう。

第2章の「予審前史」から著者は少しずつ予審の本来の、そして多くの読者にとってはむしろ初めての予審の姿を明らかにし始める。それはまさに当時のフランスの歴史の流れの中で、とりわけ激しい時代の流れ、政体の変化、権力主体の思惑と、他方で啓蒙思想の思潮下の人権保障へと至る近代化との狭間で、必ずしも現代の常識的な枠組、対立構図では捉え切れない弾劾主義や職権主義の制度の変化にも強く影響されながら、起訴権限の帰趨、捜査と公判との連続と非連続とを巡る刑事手続のあり方そのもののへの問いに対する様々な返答であった。

第3章では、第1部の表題たる「予審の機能」が具体的に明らかにされる。

ここでは起訴陪審、検察官という、予審との間で激しい取捨の争いを演じるプレーヤーたちとの立ち位置の取り扱い、ていねいにいえば法制度上での起訴権限の担い手は誰か、公判前手続の主催者たるべきは誰かという論争が、まさに歴史の中で何度も繰り返され、時にいづれかが試みられ、また革められるということが行われてきたことが示される。その中で、予審の書面主義（プロセ・ヴェルバル（調書）の機能）は、公判の口頭主義との分離（予審と判決の分離原則）を意味し、また元来、証拠収集行為のみを含み、司法的機能を含むものではなかった。

そして予審を裁判所が主催することで、訴追と予審の分離原則も実施されうる。

第4章ではこのような本性を有する「予審手続の機能」が整理され、エリの見解を援用してその重要な意義が明快に述べられる。それはその書面性に代表される非実体審理性にある。

しかし、次の第5章では、一八九七年改正法での予審における権利保障を伴う実質化（司法化）が生じたことが示される。

それは予審における弁護人の選任、尋問や対質での立会い、訴訟記録閲覧が認められ、違法収集証拠による予審の無効理論が実施されることで、予審対象者の防御権が保障される、まさに「権利保障の装置としての予審」の機能が発揮される制度となったことである。そしてこの状況は第6章で示される今日的状況にも引き継がれていき、そこでもなお書面性は保持されているとする。

第6章では現在へと至る過程において一九三三年法が搜索も予審行為とするなど予審の独立傾向が示されるなどしたのち、一九五九年現行刑事訴訟法典(CrP)では予審の一部（重罪）対審化といったプロセ・ヴェルバル的契機・機能の相対的低下を引き起こしつつも、捜査の迅速性に対する権利保障装置としての側面がクローズアップされてくることが指摘される。

そしてこのようなフランスの予審の改革の動きを詳細に見てきた最後に、日本の刑事手続への示唆にも富む「予審の現代的課題」についても的確に述べられている。

ここまでの第1部が詳細に説くところにより予審について認識を新たにした読者は、次に「第2部 公判審理から見た捜査」の表題（であり本書のタイトルでもある）の下で、まさに捜査から公判へと至る書面証拠の流れを再検討する著者の試みを追体験する。そこに通底するのは、これも本書の副題であるところの「予審的視点の再評価」ということである。

第1章では『捜査活動の記録』という視点』について描かれる。

ここではまず、フランスと戦後日本の予審の相違点が扱われ、後者においては予審と判決の分離原則が貫かれず、結

果、調書裁判化を招いたことが指摘される。

そしてむしろ捜査におけるべき「予審的視点」とは、自由心証主義を支える証拠資料収集ということであり、適切な証拠資料収集を支える制度としての予審ないし予審的視点（捜査手続の準司法化）の重要性が説かれる。

これは具体的には、全面的証拠開示（捜査活動の記録化）や、証拠能力に対する独立した書面的適法性審査（捜査活動の証拠化）といった枠組によってもたらされうる（なお「予審的視点」が「捜査活動の記録化」へと展開する過程は、ドイツ刑事訴訟法の歴史上も展開されたと指摘する。本書一八四頁）。

第2章では「裁判員裁判における検察官面前調書の取扱い」というテーマが取り上げられる。

ここまでの予審的視点の具体化の主張は、検面調書（2号書面）の取扱いにおいても示されうる。

「捜査活動の記録」にほかならない証拠能力の判断（ここでは検面調書の採否）に関して、裁判員はその素人的能力に応じた限定的関与にとどめることで、証拠能力と証明力の区別（予審と公判の分離原則。本書九頁）を明確に意識することができ、またそのような作用は正しく裁判官においても及ぶべきだとする。

第3章では「参考人取調べの録音・録画について」というテーマが扱われ、供述心理学上の「語法効果」や「事後情報効果」などの知見を参照しながら、供述録取書が孕む誤導や誤謬、変容の惧れが指摘される。

他方で、録音・録画の導入により捜査活動はありのまま証拠化され、このことは他方で同時に取調べ（技法）の適正化にもつながる。とりわけ証言者における取調べの負担軽減には直結する。

そしてこのような録音・録画を促進するために、2号書面の特信性判断において録音・録画があることで特信性を確認するといったあり方を原則とすべきと提言する（本書二四八頁）。さらに、そのようにして作成された記録について

は、刑訴法三二八条の弾劾証拠として活用すべきとする(本書二六四頁)。

第4章は「被疑者取調べの適法性について」というテーマを扱う。このテーマは、証拠能力に関する予審的判断の中でも、とりわけこれまで論じられてきたものである。ここでは高輪グリーンマンション事件(最二小決昭和五九年二月二九日)の判断枠組が取り上げられる。そして、刑訴法一九七条の任意捜査の判断基準(比較衡量ではなく総合評価とする)によってではなく、同一一九八条の黙秘権保障の判断基準に従って、即ちいかなる黙秘権侵害をもってかという要件の下に適法性判断がなされるべきとする。

つまり、憲法三八条一項の自己負罪拒否特権が被疑者・被告人に限定されず、逆に「自己に不利益な供述」に限定されるのと区別される、刑訴法一九八条二項の包括的な黙秘権・供述拒否権の侵害如何と捉え直し、捜査機関の黙秘権保障義務違反の有無と構成する。その中身は、自白調書の証拠能力に関するアメリカ最高裁のミランダ・ルール(ミランダ告知。Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966))を手がかりに、①黙秘権の意義を理解させる義務、②黙秘意思を尊重する義務、③供述に関する意思決定を妨げない義務のいずれかに違反すれば、黙秘権侵害の違法な取調べとなるというものである。

この判断枠組は、出頭拒否権・退去権を黙秘権の一部と解した上で、在宅被疑者にも逮捕・勾留中の被疑者にも等しく妥当する。黙秘権保障を機軸としたこのような主張は更に、弁護人の立会い権や接見指定(刑訴法三九条三項本文)についても、黙秘権侵害如何として把握しうる、またそうすべきものとするに至る。

第5章は「被疑者取調べの録音・録画について」というテーマが取り上げられている。前章で扱った適法性判断に資する捜査活動の記録化・証拠化、ひいては証拠方法の適正化へと至る、今後最も重要な枠組である取調べの録音・録画

（刑訴法三〇一条の二）につき、適法な取調べによる任意の供述のみが公判に顕出する証拠となりうることを担保するとするという制度趣旨からすれば、このような予審的機能を果たす録音・録画は、まさに捜査機関が黙秘権保障義務に違反したか否かを客観的に明らかにするものであるがゆえに、黙秘権（保障）の一部と考えられるとする。

更に公判前整理手続や公判審理における利用のあり方も検討しており、とりわけ任意性の審査においては被疑者の内心の問題と見るのではなく、黙秘権侵害行為が客観的にあったかを基準に判断されるべきとする。また公判審理において実質証拠として用いる場合についても、場合を分けて詳細に論じている。最後には録音・録画の本旨たる黙秘権保障を十全なものとするためには、併せて弁護人の立会い権を認めるべきという。

第6章は「『新たな準備手続』と刑事訴訟法の理念——司法制度改革審議会意見の批判的考察——」というテーマで検討がなされている。

本章は時期的にはやや古いともいえるが、本書の一章としては重要な意義を有し、読者にとっては非常に有意義である。裁判官が主催する公判前手続の構想において、本書でここまで論じられてきた予審的視点と公判との関係、黙秘権の予審的機能の問題、予審的視点そのものともいえる証拠能力・違法収集証拠と公判との関係、同様に予審的機能そのものといえる証拠開示の範囲の問題といった重要なトピックが、網羅的且つ実践的に扱われているからである。

第一の予断排除の観点では、準備手続に関与する裁判官が偏った予断を形成する危険が大きく、なおかつまたこの裁判官が情報格差により裁判員を過度にリードしかねない指摘する。

第二に黙秘権との関係についても、被告人らに争点明示義務を課すことは、黙秘権侵害にほかならず、証拠調べ請求義務に限られるべきとする。

第三に違法収集証拠として公判で再度争えるかなど証拠能力の観点も取り上げられる。

第四に証拠開示との関係では、検察官による一件記録の提出による(少なくとも弁護人に対しての)全面証拠開示と、これに伴う準備手続裁判官の創設とを唱える。これにより予断排除との抵触を避け、同時に当事者主義が実質化されうるとする。

そして最後の第7章では「裁判員制度の構造をいかに理解すべきか」という表題の下で、前章で取り上げられた予断排除の問題、裁判官と裁判員との情報格差の問題についてより詳細な検討が加えられている。

そもそも予断排除原則(刑法二五六条六項)は、一方当事者たる検察官の一件記録のみに触れて予断を形成することを問題とするのではなく、直接主義、公判中心主義を客観的に保障する趣旨であることを確認する(最大判昭和二十七年三月五日刑集六卷三三五一頁)。

また裁判員裁判では公判前整理手続など裁判官主導の訴訟指揮が拡充され職権主義化ともいえる傾向が見て取れるが、これは素人である裁判員において口頭主義や直接主義が実質化されるためのサポートのためにほかならず、情報格差の点もこのように考える場合にのみ是認され、正当化されうるとする。

さらに評決においては裁判員の判断が優先されるべきことを説き、また、評決の単純多数決が「疑わしきは被告人の利益に」の原則に反しないかといった興味深い検討もなされている。さらに最後には提言として、少数意見を明示することにはどうか、裁判員が審理や評議のあり方について意見を申し立てられる第三者機関を設けてはどうかといった有意義な主張が示されている。

## 二 評

評者には冒頭でも述べたとおり評する能力が十分備わっているとはいえないため簡明にまとめることもかなわず、感想めいた評になることをまず赦して頂き、その上で以下のように書き留めてみたい。

第1部「フランスの刑事手続における予審の機能」では予審の真の姿が明らかにされたと率直にいうことができる。丹念に時代的背景の中での法や制度の変遷を描きながら、予審がその周辺の手続や手続に関わる者らとの関係の中で、重大な権限の帰趨の議論における一つの主要な役割を担っていたことが示されていく。それはまさに公判という強力な権力の審判の段階へと顕出させる事件の取捨を執り行うという重要な権限を担うべきは、国民（起訴陪審）なのか、検察官（起訴独占）なのか、それとも裁判官（予審判事）なのかという、現代の状況にもそのままに通じる問題状況そのものである。

国民（起訴陪審）による場合、非専門性ゆえに過度に抑制的になるかまたは過度に感情的になりすぎるといった懸念がつきまとう。検察官（起訴独占）によれば恣意的な起訴便宜主義的取扱いや、不起訴を交換条件としての違法な取調べ、ひいては自白強要の惧れもなしとしない。両者の懸念を払拭しうるものとして、俄然、予審に光が当たりうるのである。裁判官による予審が他のやり方に勝るには、またその有効な本性的機能を遺憾なく発揮するためには一定の条件を満たす必要がある。それは予審があくまで公判審理を効率化しうるための制度であり、公判に顕出する証拠の証拠能力、違法性だけを吟味し、その書面性により起訴を客観化し、合理化することである。

このような予審の特長を「予審的視点」として捉え直し、これに現代的意義を持たせる試みが有意義であろうことは



もはや多言を要しまい。その具体化については第2部において存分に知ることができる。

第2部「公判審理から見た捜査」では、現在において厳しい吟味を必要とするいくつかの問題が取り上げられている。こうした問題状況における「予審的視点」の現実的な具体化策は、「捜査活動の記録化」および「捜査活動の証拠化」にあるとする(第1章「捜査活動の記録」という視点、特に本書一八三頁以下)。

つまり、「捜査活動」は一方当事者の活動としてなされるとしても、「捜査活動の記録」は司法的保障下に置き(準司法化)、捜査の適法性や証拠能力の判断において当事者間の実質的な対等・公平に資するために全面開示されるべきというのであるが、極めて現実的・実践的な指摘であり、同時に真実発見にも資するあり方だといえよう。その意味でこうした司法的保障はワーク・プロダクトのような形式論理に優先しよう。

とりわけ裁判員裁判においては、証拠能力と証明力の明確な分断は素人の裁判員にとって有意義であろうし、証拠のあり方の深化は裁判員自身の自らの判断への納得という点でも資するところは大きいように思われる。

またこの記録化により、真の意味での捜査の可視化が果たされよう。記録化の深化は証明力の深化をも導くのである(本書一八六頁)。現在、証明力は自由心象主義の下で客観的基礎を明確には持ちえていないが、捜査活動の記録化・証拠化は初めてこれに客観的指標をもたらしうるといえるだろう。

このような予審的視点の具体化の主張が、第2章では「裁判員裁判における検察官面前調書の取扱い」というテーマにおいて展開されるのであるが、第1章に見たような前提をもって初めて、公判廷に顕出する検面調書(2号書面)の証拠調べの方法や評議での取扱いに及ぶところまで一貫して、素人たる裁判員に即した手続となりうるといえよう。

続く第3章では「参考人取調べの録音・録画について」というテーマが扱われるが、予審ないし予審的視点を取り扱ってきた本書において取調べの録音・録画に焦点が当てられるのは、この捜査ひいてはこの証拠方法がまさに「捜査活動の記録化」及び「捜査活動の証拠化」を体现するものにほかならないからである（本書一八五〜一八六頁）。

第4章は「被疑者取調べの適法性について」というテーマを扱う。このテーマもまた、刑法一九八条に基づく取調べの適法性判断、言い換えれば黙秘権保障の中身という、証拠能力に関する予審的審査の中でも最も議論されてきたものの一つである。

ここで適法性の判断基準として、黙秘権の意義を理解させ、黙秘の意思を尊重し、供述に関する意思決定を妨げない、言い換えれば供述の自発性を害しないといった、黙秘権保障義務違反の具体的要件が掲げられるのは、取調べの適法性判断が総合判断 (totality of the circumstances approach) や、捜査の必要性に傾きやすい比例性・比較衡量の判断による限りは、いわば証拠能力の評価と証明力の評価との混淆を招き、実体審理に引きずられて刑事人権保障の要諦である違法収集証拠の排除が正しく機能しえないからであり、ここにも一貫して予審的視点による公判審理の適正化・充実の思考が見て取れる。

第5章は「被疑者取調べの録音・録画について」というテーマが取り上げられている。

黙秘権保障の一環としての録音・録画が正しく予審的視点の働く枠組の中で扱われるとすれば、このとき録音・録画の不存在が原則任意性を維持しえないほど疑わしめると捉える本書の主張（本書三二二頁）は、捜査活動の証拠化並びに証拠の採否の判断の客観化・書面化と揆を一にした妥当な態度であると思われる。

第6章は「新たな準備手続」と刑事訴訟法の理念——司法制度改革審議会意見の批判的考察——というテーマで

検討がなされている。

本書をここまで読んできた上での第6章の主張の重要性・意義というのは、この章だけを讀んだ場合と比べて、比較にならないほど大きいと感じられる。

予断排除の点に関しても、まさに予審的視点を働かせるべきことは自明とさえ思われる。あくまで事前手続は公判の充実のために設計され、設けられなくてはならないのにもかかわらず、同じ裁判官が両方に関わることは、まさに予審の実質的（潜行的）肥大化を招き、公判中心主義や当事者間の公平を害する惧れが少なくなかろう。

争点明示義務についても、防御権を制約してまで効率化を図ることは、手続の適正と相容れないといわざるをえまい。証拠開示を争点整理目的に限定して矮小化することについても同じことがあてはまらう。

そして最後に第7章では「裁判員制度の構造をいかに理解すべきか」というテーマが扱われている。

予断排除原則に反する立場に置かれる裁判官と裁判員との情報格差の問題を取り上げ、このようないわば職権主義化による不均衡を是正するためには、その分だけ裁判員の判断に重きを置いてバランスをとることが必要だとする点は非常に理にかなっており説得的で、その客観的な枠組として評決のあり方をまさに裁判員重視のものとする立法論的提言もなされており抜かりがない。

最後に全体的な内容に関して、改めて二点だけ取り上げてもう一度考えてみたい。第一点は予審的視点の充実は審理を長期化（蒸し返し・重複の問題）するだろうか、それとも裁判の迅速に資するだろうかという点である。

まずそもそも迅速化が拙速化であってはなるまい。裁判員には証拠能力と証明力の区別がつきにくいというとき、裁判員は事実認定との関連で証拠が信用できるかという証明力の観点でとらえがちであろう。このときもしかすると場合

によつては違法収集証拠の排除を納得することさえ困難かもしれない。限られた時間の中で、証拠能力の意味を伝えることはひとまず措き、証明力の検討に入つてしまふようなことがあれば拙速だということになるろう。

問題は事前手続と公判との原則的な役割分担が明確になされているかにあると思われる。これがなされていれば重複は本来ないのであるし、他方で不可欠な重複はむしろ迅速性を犠牲にしても認められなければならない。事前手続は、証拠の全面開示など非実質化、形式主義、書面主義を徹底することにより、重複・長期化を避けて迅速化に資すると同時に、予断排除の実を上げることにもつながつてこよう。

もう一点は、職権主義の過度の強化につながらないだろうかという懸念である。著者は裁判員との間の情報格差を、裁判員の意見にウェイトをかけることで是正すべきとしていた。

情報格差の是正に資する方策として妥当な主張であり、説得的であるが、同時に他方で、職権主義についてはむしろ本来訴訟当事者との関係で捉えられるべきともいえよう。裁判員の意見に重きを置き、優越するものとして扱うことは、職権主義の直接の影響を受ける被告人にただちに資するものではなからう。予断排除原則違反も裁判員との格差を生むというだけでなく、むしろ率直に被告人にとつて不利益であるといえよう。したがって、職権主義の是正は、全面証拠開示による口頭主義、直接主義、公判中心主義の充実（それゆえ偏つてなければ予断排除に違反しないなどとは無論いえない）、当事者対等の実質的実現によつて図られるべき部分も多いものと思われる。

様々なテーマが検討される中でも一貫した主張が繰り返し説得力を増す形で現れ、読み手は惹きつけられる。改革の途上にある現行の刑事手続に対して有意義な主張が多く含まれており、学ぶところが多く、必読に値しよう。

（本学法学部教授）